



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichter
Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Daniel Schindler,
Jakob Haag und Bernhard Lauper sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Moritz Vischer

Urteil vom 5. Dezember 2018

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch MLaw X._____,

gegen

1. **Genossenschaft B._____**,
2. **C._____ AG,**
Beklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

sowie

D._____ AG,
Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z2. _____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Es sei festzustellen, dass das gemäss Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich im summarischen Verfahren vom 03.10.2017 (Geschäftsnummer HE170311-O) zugunsten der Klägerin vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte zu Lasten der Beklagten 1 in der Höhe von CHF 189'852.90 und zu Lasten der Beklagten 2 in der Höhe von CHF 442'990.30 zu Recht bestehen
2. Das Grundbuchamt E._____ sei richterlich anzuweisen, zugunsten der Klägerin auf den jeweiligen Grundstücken, die im Eigentum der Beklagten stehen, anteilmässig das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme von insgesamt **CHF 632'843.20**, nebst Zins von 5 % seit der provisorischen Eintragung, definitiv wie folgt einzutragen:
 - auf dem Grundstück der Beklagten 1, KTN Nr. 1 ,
GGBI. 2 , F.____- strasse 3 und 4 , F.____- platz 5 ,
G.____ , für eine Pfandsumme von **CHF 189'852.90**,
 - auf dem Grundstück der Beklagten 2, KTN Nr. 6 ,
GGBI. 7 , F.____- platz 8, 9, 10 und 11 , G.____
für eine Pfandsumme von **CHF 132'568.70**, und
 - auf dem Grundstück der Beklagten 2, KTN Nr. 12 ,
GGBI. 13 , F.____- platz 14 und 15 , H.____- 'strasse 16,
17, 18, 19 und 20 , G.____ , für eine Pfandsumme von
CHF 310'421.60.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Beklagten 1 und 2.

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um ein Bauunternehmen; die Beklagten sind Eigentümer von Grundstücken in der Stadt Zürich.

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin begehrt die definitive Eintragung eines Bauhandwerkpfandrechts in der Höhe von rund CHF 630'000.– auf den Grundstücken der Beklagten.

B. Prozessverlauf

Am 4. Dezember 2017 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Prosequierungsklage mit obigen Rechtsbegehren hierorts ein (act. 1). Den ihr mit Verfügung vom 6. Dezember 2017 (act. 5) auferlegten Gerichtskostenvorschuss leistete sie innert Nachfrist (act. 17). Mit Verfügung vom 26. Februar 2018 (act. 18) wurde das Verfahren auf die Frage der Aktivlegitimation beschränkt und der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt. Deren Erstattung erfolgte am 16. / 19. März 2018 (act. 21; act. 23). Die Vergleichsverhandlung vom 13. September 2018 führte zu keiner Einigung (Prot. S. 13 f.). Mit gleichentags mündlich eröffneter Verfügung wurde der zweite – ebenfalls thematisch beschränkte – Schriftenwechsel angeordnet (Prot. S. 15). Die Replik datiert vom 18. Oktober 2018 (act. 36) und die Duplik vom 14. / 19. November 2018 (act. 39; act. 40). Die Parteien verzichteten bereits anlässlich der erwähnten Instruktionsverhandlung auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (Prot. S. 15). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Es hat ein Urteil zu ergehen (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich blieben vorliegend zu Recht unbestritten.

2. Aktivlegitimation der Klägerin

Gemäss Rechtsprechung und Lehre sind Unternehmen, die einer Bauunternehmung lediglich temporäre Arbeitskräfte zur Verfügung stellen bzw. vermitteln, nicht pfandberechtigt. Ihnen ist folglich die Aktivlegitimation für die Eintragung eines Bauhandwerkpfandrechts abzusprechen. Wenn nämlich solche Unternehmen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Dienste ihrer eigenen Arbeit-

nehmer versprechen, so sichern sie dadurch der Bauunternehmung nur diejenigen Dienste zu, die ihnen von diesen Arbeitnehmern in den Einzelarbeitsverträgen zugesichert wurden. Ein entsprechendes Dienstverschaffungsunternehmen verpflichtet sich denn auch nicht zur Herstellung eines Bauwerks und haftet auch nicht für Werkmängel, welche die von ihr unter Vertrag genommenen und ausgeliehenen Arbeitnehmer allenfalls verursachen. Entsprechend sind solche Dienstverschaffungsverträge arbeitsrechtlicher und nicht werkvertraglicher Natur (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE160403-O vom 31. Januar 2017 E. 3 m.w.H., abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch/entscheide>).

Genau von einem solchen Fall ist vorliegend auszugehen. Auch wenn die Klägerin ihre Ausführungen in der Replik zu relativieren versuchte, gestand sie in der Klageschrift ein, dass sie lediglich als Dienstverschaffungsunternehmerin fungierte. Sie stellte lediglich Arbeiter und hatte selbst keinen direkten, eigenen Einfluss auf die Erstellung des Werkes auf den Grundstücken der Beklagten:

act. 1 N 15 (Anm. hinzugefügt)

"Zu Beginn wurde der I. _____ AG ca. 10–12 Arbeiter zur Verfügung gestellt. Danach verlangt diese immer mehr Arbeiter, so dass zu Spitzenzeiten ca. 20 Arbeiter der Klägerin in Regie für die I. _____ AG tätig waren. Dabei hatte die Klägerin auf die Einsätze keinen Einfluss. Es war die I. _____ AG, welche die Arbeiter da einsetzte, wo sie benötigt wurden. Die Arbeiter der Klägerin füllten ihre Arbeitsrapporte aus und liessen diese von der I. _____ AG unterzeichnen. Diese Rapporte erhielt dann die Klägerin, welche dementsprechend ihre Rechnungen an die I. _____ AG stellt für ihr Honorar."

act. 1 N 31 (Anm. hinzugefügt)

"Die Arbeiter der Klägerin wurden im Auftrag der I. _____ AG gemäss deren Weisungen auf der Baustelle J. _____ Zürich eingesetzt."

Als blosse Dienstverschaffungsunternehmerin ist die Klägerin folglich nicht aktivlegitimiert, ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen. Dies führt zur Klageabweisung.

3. Fazit

Mangels Aktivlegitimation ist die Klage abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In casu beträgt er gemäss klägerischen Rechtsbegehren CHF 632'843.20. Daraus resultiert eine ordentliche Gerichtsgebühr von CHF 23'500.–. Vorliegend rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr – angesichts des geringen Verfahrensaufwandes – gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV OG um rund einen Drittel auf CHF 15'700.– zu reduzieren. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zusätzlich schuldet die Klägerin die Kosten für das vorsorgliche Massnahmeverfahren gegen die Beklagten (HE170311-O) betreffend Bauhandwerkerpfandrecht von insgesamt CHF 12'336.45.

Ausserdem ist sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten. Für das Massnahmeverfahren ist, wie im vorangegangenen Einzelgerichtsverfahren erwogen, keine Parteientschädigung zuzusprechen. Aufgrund des in Folge Verfahrensbeschränkung geringeren Aufwandes ist die Parteientschädigung im vorliegenden Verfahren um einen Drittel zu reduzieren und auf CHF 17'300.– festzusetzen. Auch wenn üblicherweise der Nebenintervenientin keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (dazu: Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140107-O vom 12. April 2017 E. 8.2.1, abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch/entscheide>) rechtfertigt es sich aus Billigkeitsgründen, ihr in casu die *gesamte* Parteientschädigung zuzusprechen. Denn auch die Beklagte 1 erklärte sich ausdrücklich mit ihren Rechtsschriften einverstanden und verzichtete ihrerseits auf umfassende Stellungnahmen (in diesem Sinne auch Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE180143-O vom 10. August 2018 E. 5.3). Mangels Darlegung der Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung der Nebenintervenientin praxisgemäss ohne Mehrwehrsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Grundbuchamt E._____ wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides, das aufgrund des Urteils des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Oktober 2017 im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 18. August 2017 zu Gunsten der Klägerin vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht vollumfänglich zu löschen:

auf Liegenschaft der Beklagten 1 Kat. Nr. 1, GBBl. 2,
F._____ -str. 3 und 4, F._____ -platz 5, G._____,
für eine Pfandsomme von CHF 189'852.90;

auf Liegenschaft der Beklagten 2 Kat. Nr. 6, GBBl. 7,
F._____ -platz 8, 9, 10 und 11, G._____,
für eine Pfandsomme von CHF 132'568.70 und

auf Liegenschaft der Beklagten 2 Kat. Nr. 12, GBBl. 13,
F._____ -platz 14 und 15, H._____ -str. 16, 17, 18, 19 und 20, G._____,
für eine Pfandsomme von CHF 310'421.60.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 15'700.-.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
5. Die im Verfahren Geschäfts-Nr. HE170311 festgesetzten und von der Klägerin bereits bezogenen Kosten in der Höhe von CHF 12'336.45 werden der Klägerin definitiv auferlegt.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Nebenintervenientin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 17'300.- zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Rechtskraft im Dispositivauszug gemäss Ziffer 2 an das Grundbuchamt E._____.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 632'843.20.

Zürich, 5. Dezember 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Moritz Vischer